

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR *VERSUS* PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS

CONSUMER VULNERABILITY VERSUS DRUGS ADVERTISING

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Regina Célia Martinez

Doutora Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Sociedade da Informação na FMU. Secretária Geral da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OABSP. Diretora do IBDC.

Marco Antonio Lima

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Complexo Educacional FMU. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Guarulhos. Advogado. Professor de direito do Complexo Educacional FMU, nas disciplinas de Teoria Geral do Processo e Processo Civil.

RESUMO: O hábito da automedicação pode ser extremamente prejudicial e perigoso ao consumidor, especialmente se considerarmos que dentre as diversas camadas da sociedade atingidas pelo forte apelo publicitário das indústrias de medicamentos, teremos aquelas que não possuem discernimento necessário para saber o risco existente, em especial, os incapazes, os idosos e a parcela mais carente da sociedade. A Constituição Federal assegura a todo brasileiro e estrangeiro residente no país o direito à vida (art. 5º, “caput”) e à saúde (art. 196). Assim, estabelece que toda *propaganda comercial* de medicamentos deverá conter a advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Não obstante, a Lei 8078/90 reconhece a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I) e lhe assegura direitos básicos como de proteção à vida e à saúde (art. 6º, *caput*), de informação adequada e clara sobre os produtos inclusive dos riscos que apresentem (art. 6º, III) e proteção contra a publicidade abusiva (arts. 6º e 37, §2º). Vale ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o tema apresentado, nem tampouco solucionar a questão posta em debate, correspondente a legalidade existente nas campanhas publicitárias pela indústria farmacêutica. O objetivo é reflexivo, desenvolvido com base no ordenamento jurídico vigente e dos possíveis danos de natureza difusa causados aos consumidores e a sua interpretação pelos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da Informação; Publicidade Abusiva; Indústria Farmacêutica; Medicamentos; Direito do Consumidor.

ABSTRACT: Drugs self administration habit can be extremely damaging and harmful to consumers, especially considering that, among the various levels of society reached by the drugs industries' strong advertising campaign, there are those which don't have the necessary discernment to know the existent risk, mainly the powerless people, the elderly and the most humble parcel of society. The Brazilian Federal Constitution guarantees all Brazilians and foreigners who live in the country the right to life (art. 5, "caput") and health (art. 196). This way, it establishes that all commercial advertisements of medicinal products must contain a warning about the harmful effects caused by their use. Moreover, the Law 8078/90 recognizes the consumer is vulnerable (art. 4, I) and guarantees basic rights such as the protection of life and health (art. 6, "caput"), adequate and clear information about the products including the risks that they present (art. 6, III) and protection against abusive advertising (arts. 6 and 37, paragraph 2). It is noteworthy that the present work does not intend to either exhaust the topic presented or solve the question raised in debate, which corresponds to the actual legality in advertising campaigns performed by the pharmaceutical industry. The aim is reflexive; its development was based on the current legislation, possible diffuse nature damages caused to consumers and their interpretation by the Supreme Courts.

KEYWORDS: Information Society; Abusive Advertising; Pharmaceutical Industry; Drugs; Consumer Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da publicidade. 2 Dos direitos do consumidor. 3 Do paradigma da publicidade de medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As transformações vividas pela sociedade nas últimas décadas em razão do avanço tecnológico, trouxeram uma nova realidade que compreende a revolução digital nos mais diversos meios de comunicação, trazendo, por conseguinte a possibilidade de acesso à informação para um número cada vez maior de consumidor. Esta nova fase da sociedade

denominada como *Sociedade da Informação*, sendo geradora da possibilidade de conhecimento e riqueza. Neste sentido, Irineu Francisco Barreto Júnior¹:

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso de informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.

Roberto Senise Lisboa² enfatiza a importância desta nova fase: “*a era da informação não é apenas um ‘slogan’, mas um fato; a economia baseada no conhecimento é, realmente, uma nova economia, com novas regras, exigindo novas maneiras de fazer negócios*”. Destarte, por vivermos em uma sociedade capitalista, os fornecedores de produtos e serviços utilizam-se dos mais diversos canais de comunicação para seduzir os consumidores com suas campanhas publicitárias, medida esta totalmente legítima e necessária ao desenvolvimento econômico, desde que, respeitados os comandos insertos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, em especial no Código de Defesa do Consumidor.

A problemática surge no exato momento em que estas campanhas publicitárias tiram do consumidor a verdadeira noção do produto ou serviço que ele estará adquirindo. Isto porque, o consumidor deve adquirir exatamente aquilo que lhe é ofertado. Não por outro motivo a informação deve ser adequada e clara para permitir a sua exata compreensão e, por razões lógicas, este produto não poderá colocar em risco a sua saúde, vida ou dignidade. E é exatamente neste aspecto que o presente trabalho é desenvolvido, com a análise da publicidade de medicamentos e a possível indução do consumidor à automedicação e ao seu consumo desnecessário e descontrolado de medicamentos.

Não é crível que o consumidor seja *bombardeado* com inúmeras campanhas publicitárias sobre o tema, nos mais diversos meios de comunicação, sem que em contrapartida receba as necessárias advertências sobre os riscos do uso inadvertido do medicamento, na exata forma que determina a Lei, com a proteção inequívoca da sua saúde. Neste sentido, é de todo oportuno destacar que é inquebrantável a existência de contraindicações e efeitos colaterais com uso de medicamentos, ainda que sejam aqueles tidos como “não controlados” pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Por outro

¹ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

² LISBOA, Roberto Senise. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2007. p. 120.

lado, não podemos perder de vista que o medicamento consumido pode nem ser o indicado para tratar o problema existente, pois além dos efeitos colaterais e das contraindicações, poderá haver um agravamento do quadro clínico.

Ao realizar a automedicação o consumidor acredita na inexistência de risco à sua saúde, isto porque as campanhas publicitárias, tal qual são veiculadas, podem viciar a sua manifestação de vontade. Apenas para exemplificar o ponto aqui apresentado, destacamos a inteligente e emblemática campanha publicitária da empresa *Bayer S/A*, cujo argumento de convencimento é *Se é Bayer, é bom* e, ao final, adverte de forma muito rápida e superficial: “se não desaparecerem os sintomas, o médico deverá ser consultado”.

Sobre a legítima declaração de vontade do consumidor, o doutrinador Roberto Senise Lisboa³, esclarece que ela advém da confiança recíproca depositada pelos negociantes:

“Confiança” é vocábulo de sentido equívoco, vem do latim “creditare”, que denota dar crédito, ter esperança. Classificada como palavra que exprime faculdade cognoscitiva e subclassificada como resultado do raciocínio, confiança possui os seguintes análogos de interesse para este trabalho: modo de ver, convicção, certeza, “fidúcia”, crédito e credo.

O presente estudo não visa questionar a qualidade ou eficácia de qualquer medicamento objeto de campanha publicitária, mas tão somente os danos potenciais do uso, de forma indiscriminada e sem qualquer prescrição médica de medicamento que pode nem ser o adequado para o tratamento daquele quadro clínico. Os riscos são diversos, indo desde o agravamento da patologia ao surgimento de reações adversas, lembrando, ainda, a hipótese de contraindicações.

O assunto é extremamente atual e importante e, necessita de aprofundamento para que, se necessário, num futuro próximo a realidade hoje existente seja modificada, com o objetivo de preservar a integridade da saúde de todos os consumidores. Nos parece muito evidente que o uso indiscriminado de medicamento pode trazer riscos à saúde do consumidor, em alguns casos até à sua vida. E, por assim dizer à dignidade de sua pessoa, cujo tutela está consagrada nos fundamentos da República Federativa do Brasil. O professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁴, sobre a dignidade da pessoa humana, ressalta a sua importância frente ao sistema sócio econômico:

³ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 1.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 33.

Destarte, cabe reiterar que o princípio fundamental da República Federativa do Brasil que consagra a dignidade da pessoa humana deve não só ser estabelecido como 'piso' determinante de toda e qualquer política de desenvolvimento, como, necessariamente, projetar-se sobre o modo devam ser assegurados todos os demais direitos na sociedade previstos na Constituição Federal.

Nesta linha de raciocínio, pensamos que a utilização de mecanismos aptos a manipular a manifestação de vontade do consumidor, poderá ofender a sua dignidade, por colocar em risco a sua vida e saúde. Ao mesmo tempo, viola os preceitos básicos do Código de Defesa do Consumidor. Importante lembrar, que não defendemos, nem por hipótese, a proibição de qualquer campanha publicitária, ao contrário, entendemos que elas são extremamente necessárias ao desenvolvimento econômico, entretanto, estudaremos a legalidade aos *olhos da Lei* do paradigma hoje existente, estudando a possível existência de abusividade do mercado publicitário a ponto de colocar em risco a saúde, a vida e a dignidade do consumidor. De qualquer forma, os fatos exigem maior reflexão sobre o tema, posto que a vida é o bem maior a ser tutelado, não bastando apenas a existência da lei, mas principalmente de sua eficácia.

1 DA PUBLICIDADE

Para melhor compreensão do presente trabalho, necessária é a definição do conceito de *publicidade*, pois não há como se falar em *abusividade* de uma campanha publicitária sem que previamente tenhamos a noção do seu conceito. Desta forma, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR⁵, em seu artigo 8.º, apresenta a seguinte definição⁶: “...atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”, criando um conceito único para propaganda e publicidade.

⁵ O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma organização da sociedade civil fundada em São Paulo, [Brasil](#), em 1950. A entidade é a primeira organização da sociedade civil brasileira dedicada à autodisciplina. Seus órgãos estatutários estão estruturados de modo a estabelecer a separação de poderes, de tal maneira que o colegiado que escreve as normas de autorregulamentação, o Conselho Superior, não julga os anúncios, atribuição do Conselho de Ética, assegurando-se às partes amplo direito de defesa e o duplo grau de jurisdição. As deliberações ocorrem em sessão colegiada, e os acórdãos são divulgados em boletins e na Internet. (disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Nacional_de_Autorregulamenta%C3%A7%C3%A3o_Publicit%C3%A1ria, acesso em 07/04/2015)

⁶ Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> (acesso em 03.04.2015).

Outro não é o entendimento de Rizzatto Nunes⁷ que defende que os vocábulos *propaganda* e *publicidade* poderiam ser utilizados como sinônimos:

Tomado pela etimologia, vê-se que o termo “propaganda” tem origem no latim “propaganda, do gerundivo de *propagare*”, “coisas que devem ser propagadas”. Donde afirmar que a palavra comporta o sentido de propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias.

O vocábulo ‘publicidade’, por sua vez, aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público.

Ambos os termos, portanto, seriam bastante adequados para expressar o sentido buscado pelo anunciante de produto ou serviço.

O mais importante, porém, é o fato de que a própria Constituição Federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em ‘propaganda’ (art. 220, §3º, II), ‘propaganda comercial’ (art. 22, XXIX, e §4.º do art. 220), “publicidade dos atos processuais” (art. 5.º, LX), “publicidade” (art. 37, *caput*, e §1.º).

Em sentido diverso, Cláudia Lima Marques⁸ difere os dois vocábulos em razão do objetivo existente em cada um deles:

Preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda informação ou comunicação difundida com o fim de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo, fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando-se, assim, claramente o que é propaganda (difusão de ideias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC – sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista.

A doutrina se firma nesta mesma linha de raciocínio, ou seja, de empregar sentidos diversos para os termos *propaganda* e *publicidade*. Assim, verificamos na tese dissertação de mestrado *Limites à Publicidade, Desenvolvimento Social e Proteção à Família*⁹ que a conceituação dos vocábulos com significados distintos:

Assim, pode-se conceituar a publicidade como sendo a informação persuasiva de cunho comercial que objetiva mudar a ação ou inação do consumidor para que este adquira produto ou serviço anunciado por qualquer veículo de propagação.

Importante destacar que é costumeiro o equívoco em se confundir publicidade e propaganda. Publicidade como visto acima, restringe-se ao intuito comercial enquanto o termo propaganda tem em si um significado muito mais amplo, englobando o próprio termo publicidade, sendo esta espécie do gênero propaganda.

⁷ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 829.

⁹ RUTHES, Pierre Andrey. **Limites à Publicidade, Desenvolvimento Social e Proteção à Família**. Tese de dissertação de mestrado em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. 2011, p. 11 (disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086234.pdf>, em 03.04.2015)

Outro não foi o entendimento exposto, no artigo *Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis*¹⁰, a questão comercial da publicidade é igualmente evidenciada, reforçando a impossibilidade de utilização das palavras como se *sinônimas* fossem:

Além disso, deve-se destacar que propaganda e publicidade são coisas diferentes, pois a publicidade tem objetivo comercial, enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Ademais, a publicidade é paga e identifica seu patrocinador, fato que nem sempre sucede com a propaganda.

De fato, como muito bem observado pelo doutrinador Rizzato Nunes há uma imprecisão no ordenamento jurídico, tanto na Constituição Federal quanto no Código de Defesa do Consumidor, no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e na Lei 4860/65, contudo, entendemos que as imprecisões do legislador em alguns dispositivos, não possuem o condão de alterar a etimologia das palavras, o que impede a utilização dos vocábulos *propaganda* e *publicidade* como se sinônimos fossem.

Isto posto, entendemos que o termo *propaganda* está relacionado a fins não econômicos e de difusão de ideias; enquanto que o termo *publicidade* tem o objetivo precípua de induzir ao consumo, ou seja, sua finalidade é consumista e, por esta razão, esta será a terminologia adotada ao longo do presente de trabalho, tendo em vista o caráter comercial existente no mercado publicitário de medicamentos. Porém, independente da terminologia utilizada a campanha publicitária com fins comerciais (seja ela denominada de propaganda ou publicidade) deverá obedecer aos exatos termos da lei, pois o objetivo da lei é coibir o dano ao consumidor, seja por abusividade, omissão, enganosidade, etc.

2 DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

O princípio da isonomia estabelecido no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, reza que todos somos iguais perante a lei, desta forma os iguais deverão ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual. Nesta linha, não se pode olvidar que o consumidor é a parte fraca (vulnerável – art. 4.º, I, Lei 8078/90), razão pela qual, o legislador vedou a utilização de publicidade enganosa e abusiva (art. 37, da Lei 8078/90).

¹⁰COSTA, Ester Okamoto. LIMA, Raquel Sanchez. **Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis**. Revista Jurídica da Unifil, ano IV, nº4, p. 161 (disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-12.pdf, em 03.04.2015)

O próprio dispositivo legal, objetivando a eficaz da proteção ao consumidor, conceituou a publicidade enganosa (art. 37, §1.º) e a abusiva (art. 37, §2º). Nos atentaremos ao conceito de publicidade abusiva:

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja **capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.** (realce não original)

Importante ressaltar que, a abusividade de uma publicidade não está necessariamente relacionada à qualidade do produto ofertado, mas sim no dano potencial ao consumidor, entendimento este pacífico em nossa doutrina:

O caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor.¹¹

O §4.º, do art. 220, da Constituição Federal ao tratar sobre a publicidade relacionada a medicamentos determina que os malefícios decorrentes do seu uso sejam advertidos ao consumidor, determinando que a lei fixe “os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem”. Ao analisar o tema Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹² vincula referido comando Constitucional ao Código de Defesa do Consumidor:

Por conseguinte, as “restrições legais”, referidas no art. 220, §4.º, agregam natureza, objetivos e alcance das normas requisitadas pelo constituinte para a proteção, em outros campos do mercado, do consumidor, neste último caso pela letra expressa do art. 5.º, XXXII, e do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em síntese, o CDC salvaguarda a universalidade dos destinatários da publicidade dos produtos e serviços em geral, elencando princípios, padrões e reprimendas, entre os quais a condenação da oferta enganosa ou abusiva.

Portanto, não se pode olvidar que a advertência deve ser realizada de forma adequada e clara, permitindo que o consumidor tenha inequívoco conhecimento dos riscos potenciais à sua saúde, caso utilize o medicamento sem qualquer prescrição médica, dever este decorrente da boa-fé objetiva.

¹¹ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.

¹² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 306.

Com efeito, Roberto Senise Lisboa¹³ lembra que o direito à informação é direito fundamental previsto expressamente no art. 5.º, XIV, da Constituição Federal e conclui:

Considera-se que é dever do fornecedor conceder ao consumidor que é a parte vulnerável na relação de consumo, o conhecimento prévio de todas as informações relevantes sobre o produto ou o serviço que a ele é oferecido (características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, **riscos existentes à vida, à saúde ou à segurança**), de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa (art. 31 do CDC).¹³ (realce não original)

Por certo que, a publicidade é necessária ao desenvolvimento econômico do país, já que vivemos em um sistema capitalista, sendo a *livre iniciativa* um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, CF), sendo expressamente vedada a censura à liberdade de expressão (art. 5.º, IX, CF).

Por outro lado, não podemos confundir a *liberdade de expressão* com uma *espécie de tudo é possível*, isto porque o maior bem a ser tutelado é a vida e, por consequência há regras que balizam todo o ordenamento jurídico. Portanto, se um produto ou serviço pode (ainda que em tese) ser prejudicial ao consumidor, a informação deverá constar de tal forma na campanha publicitária (e em sua embalagem/rótulo) que ele tenha inequívoco conhecimento dos riscos (ainda que potenciais) do seu uso. Isto é boa-fé e respeito aos direitos básicos do consumidor (arts. 1.º, III; 5.º, *caput*, XIV; 220, §4º, todos da CF; art. 4.º, I; 6º, *caput*, I, II, III, IV; 8º; 9º; 37, §2.º, 39, IV; todos do CDC).

Portanto, a campanha publicitária deve ser ostensiva quanto a todo e qualquer risco existente com a utilização do medicamento sem qualquer prescrição médica. Entendemos que a advertência deverá tomar o tempo/espço necessário para que as informações necessárias sejam inequivocamente assimiladas por todo e qualquer consumidor, já que o bem aqui em discussão é a saúde/vida. Não obstante, a indução ao consumo indiscriminado de medicamentos deve ser vedada.

3 DO PARADIGMA DA PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS

Como já analisado o termo publicidade está vinculado à obtenção de lucro. Desta forma, quando estudamos a publicidade de medicamentos, algumas considerações devem ser realizadas, especialmente por não se tratar de produto de consumo comum, ou ao menos

¹³ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 261.

assim deveria ser. No artigo *Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis*¹⁴, publicado na revista Jurídica da Unifil, este aspecto é muito bem observado:

Ocorre que, para a simples divulgação do consumo de um medicamento, existem muitos fatores que devem ser analisados, observando que ele não é o produto de consumo comum, pois é um e não o único instrumento de promoção à saúde, devendo sempre existir como medida preventiva, consultas médicas e até mesmo uma análise crítica de todo o contexto em que a patologia se insere, não podendo simplesmente consumir o medicamento, acreditando que somente ele resolverá o problema. Ainda ressalta-se o risco sanitário existente no consumo de medicamentos sem prescrição médica, pois estes somente devem ser consumidos com consciência e responsabilidade.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA¹⁵ seguindo os comandos da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e de outras Leis, estabelece regras ao mercado publicitário, das quais destacam-se a proibição à publicidade abusiva e ao incentivo à automedicação, permitindo a publicidade de medicamentos tidos como não controlados.

Ocorre que o mercado publicitário de medicamentos, não obedece aos comandos da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, da agência reguladora, pois na prática realizam campanhas que induzem a automedicação e deixam de trazer informações necessárias ao consumidor.

Na mídia, inúmeras são as campanhas publicitárias relacionadas a dois fatores: *resfriado/gripe* e *dores por processos inflamatórios*. Com relação ao primeiro, necessário lembrar que o resfriado/gripe decorre de contaminação por vírus, sendo certo que a gripe poderá em casos extremos resultar no óbito do infectado. Em um quadro mais comum, não podemos perder de vistas que há outras doenças que causam inflamação do aparelho respiratório, as quais podem ser confundidas com os sintomas da gripe, como por exemplo: rinite, sinusite e bronquite, os quais requerem tratamento específico. Ademais os remédios para a gripe não combatem a gripe, mas apenas atenuam os sintomas.

Sobre o resfriado o médico Dráuzio Varella¹⁶ faz os seguintes esclarecimentos:

Resfriado é uma infecção viral que acomete as vias respiratórias superiores. Existem mais de 200 tipos de vírus causadores de resfriado. Os mais comuns pertencem à família do rinovírus, que são altamente contagiosos.

Diagnóstico

¹⁴ COSTA, Ester Okamoto. LIMA, Raquel Sanchez. **Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis**. Revista Jurídica da Unifil, ano IV, nº4, p. 163 (disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-12.pdf, em 03.04.2015)

¹⁵ Disponível: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/076f3080492dd932afe8bf14d16287af/Legislacao_Propaganda_Consolidada_marco_2011.pdf?MOD=AJPERES (acesso no dia 03.04.2015)

¹⁶ Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/letras/r/resfriado/> (acesso no dia 04.04.2015)

O diagnóstico do resfriado é feito com base nos sintomas. É importante estabelecer a diferença com o diagnóstico da gripe, uma doença bem mais grave causada por outros tipos de vírus, conhecidos como *influenza*.

Tratamento

Não existe nenhum remédio que cure resfriado. O tratamento é apenas sintomático, isto é, ajuda a aliviar os sintomas. Analgésicos e antitérmicos, como o paracetamol e a dipirona, são úteis para baixar a febre e acalmar outros sintomas. **Já os medicamentos que contêm AAS devem ser evitados, especialmente pelas crianças.**

Repouso, beber bastante líquido e lavar as narinas com soro fisiológico também são medidas que auxiliam a atravessar o período de mal-estar, enquanto o corpo se encarrega de debelar a infecção.

Os antibióticos não exercem nenhum efeito contra esses vírus. Por isso, seu uso é contraindicado nesses casos.”

Ocorre que a publicidade sobre o tratamento de resfriado não traz ao consumidor as informações básicas e necessárias para a segurança de sua saúde, ao contrário o consumidor é induzido à automedicação e *se não desaparecerem os sintomas o médico deverá ser procurado*. Violando os ditames básicos da lei. Apenas a título de exemplificação a campanha publicitária da droga *benegripe*¹⁷ apresenta as seguintes assertivas: “benegripe funciona sempre que você ficar gripado”, “combatendo todos os sintomas da gripe”, “sempre que você estiver gripado [...] benegripe” e ao final do comercial aparece de forma extremamente rápida a informação: “se persistirem os sintomas o médico deverá ser consultado”.

Parece-nos muito evidente que referida campanha publicitária: (i) induz à automedicação; (ii) não esclarece quanto ao diagnóstico da gripe; (iii) não adverte quanto aos riscos de um diagnóstico equivocado; (iv) não traz a informação adequada e clara sobre o que se combate efetivamente; em assim sendo, entendemos que está em desconformidade com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor por sua abusividade.

Porém, situação ainda mais delicada decorre dos remédios indicados para dores musculares, isto porque, são anti-inflamatórios e por assim ser, os efeitos colaterais podem trazer sérios riscos à saúde. No site do médico Dráuzio Varella¹⁸, encontramos a sua preocupação com o tema e a entrevista realizada com o médico gastroenterologista José Roberto Almeida as advertências quanto ao uso deste medicamento, inclusive do risco que traz à saúde do consumidor:

De acordo com o presidente da Federação Brasileira de Gastroenterologia, José Roberto Almeida, em grande parte do país os medicamentos (em especial os anti-

¹⁷Disponível em: <http://www.farmagora.com.br/produto/benegrip+com+20+comprimidos/721097> (acesso em 04.04.2015)

¹⁸Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/noticias/anti-inflamatorios-e-os-riscos-da-automedicacao/> (acesso em 06.04.2015)

inflamatórios) são comercializados de maneira indiscriminada e ingeridos de forma abusiva. “Se você chegar agora em uma farmácia, reclamando que está com dor, o balconista vai lhe vender um anti-inflamatório. O que **é um perigo, principalmente para pessoas idosas**, que muitas vezes já estão tomando medicações para o coração e diabetes ou são hipertensas. A partir dos 60 anos, o organismo do indivíduo vai perdendo a capacidade de defesa e também se torna mais sensível. Por conta disso, a mistura de remédios pode trazer sérios problemas. **Já cansei de receber pacientes com problema no estômago pelo uso abusivo de medicamentos**”, comenta ele. (realce não original)

Na mesma entrevista, o médico José Roberto Almeida traz a advertência quanto ao uso exagerado deste medicamento que só no ano de 2012 correspondeu à venda de 129 mil caixas. A preocupação de referido especialista é com o efeito colateral do medicamento, que poderão acarretar hemorragia e problemas no estômago, além de insuficiência renal:

Anti-inflamatório é para desinflamar a mucosa, tirar a dor. Se com acompanhamento médico já devemos ficar atentos a possíveis efeitos colaterais, imagine o indivíduo que toma [esse medicamento] como se fosse água? Você vai no setor de emergências do hospital público e muitas vezes está lotado. **E a grande maioria dos casos é de indivíduos com hemorragias e problemas no estômago por causa da ingestão indevida de medicamentos. São fatores que poderiam ser prevenidos**”, lamenta o especialista.

Os números comprovam que esses medicamentos são os mais vendidos no território brasileiro. São acessíveis, não são tão caros e na maioria das vezes promovem alívio imediato da dor. Em 2012, foram comercializadas 129 mil caixas de anti-inflamatórios, segundo levantamento da Sindusfarma (Sindicato da Indústria Farmacêutica no Estado de São Paulo). Em 2010, haviam sido vendidas 106.043, ou seja, houve alta de 21,9% em dois anos.

Outro grande problema é que muitas pessoas acabam tomando, sem saber, anti-inflamatórios em demasia para dores musculares e também nas articulações. Entretanto, **esse consumo indevido é um dos principais responsáveis por casos de insuficiência renal.** (realce não original)

Entendemos que as campanhas publicitárias incentivam este comportamento e não alertam para o risco existente. Apenas a título exemplificativo citaremos o anti-inflamatório *Flanax*, cuja campanha publicitária¹⁹, feita de forma muito inteligente demonstra um homem com dores musculares e seu filho pulando em suas costas, deixando a situação de dor causada pela inflamação dos músculos ainda pior. Ao longo desta publicidade as seguintes mensagens são direcionadas em tom calmo ao consumidor: “se a dor é em dose dupla: Flanax é dupla ação”, “alivia a dor por até doze horas e trata a causa com a sua ação anti-inflamatória”, “a dupla ação que não deixa a dor ficar no seu caminho”, “se é Bayer é bom”, ao final em tempo acelerado é feita a seguinte advertência: “não use este medicamento em casos de úlcera,

¹⁹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xb2nDnhYflg> (acesso em 04.04.2015)

gastrite, doença nos rins, ou se já teve reação alérgica a algum anti-inflamatório. Se persistirem os sintomas o médico deverá ser consultado.”

Em que pesem as advertências ao final de referida peça publicitária, entendemos que há abusividade, porque induz ao consumo de droga anti-inflamatória, cujos efeitos são inquebrantavelmente nocivos ao organismo. Não obstante a causa da inflamação nem sempre é atacada, podendo ensejar um ciclo vicioso. Importante lembrar que em alguns casos o médico poderá prescrever a fisioterapia sem a indicação de qualquer medicamento, até mesmo o uso de compressa, alongamento, protetor e reforço da musculatura em exercícios de musculação específicos.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece os limites da publicidade²⁰, destacando que só no ano de 2010 o mercado publicitário movimentou R\$35,9 bilhões, de acordo com os dados do Projeto Inter-Meios, coordenado pelo grupo Meio & Mensagem. Ressalta, ainda, que neste mesmo período o CONAR²¹ julgou 376 processos contra anúncios que teriam ferido o código da entidade, sendo que 221 resultaram em algum tipo de punição. Ressaltando que a regulamentação do setor é feita pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, invoca o disposto no artigo 220, §4º da CF, o artigo 6º do CDC, quanto a informação adequada e clara e a proteção do consumidor contra a publicidade abusiva, invocando ainda o disposto nos artigos 37 e 38, do mesmo diploma legal. Quanto à publicidade de medicamentos consigna que é direito do consumidor a informação adequada e clara, citando o REsp 971.845:

Um homem que se tornou dependente de antidepressivo garantiu no STJ indenização por danos morais no valor de R\$ 100 mil. Por maioria de votos, a Terceira Turma entendeu que a bula indicava que o medicamento servia para melhorar a memória, mas, com o passar do tempo, a empresa modificou a indicação para tratamento antidepressivo sem avisar devidamente a população. O autor do recurso nesse caso (REsp 971.845) é um professor que começou a tomar o medicamento Survector em 1999 para melhorar sua atividade intelectual. A bula, que inicialmente era omissa, passou a alertar para o risco de insônia, transtornos mentais e risco de suicídio, efeitos que acometeram o consumidor, que passou a sofrer dependência química.

O Survector era comercializado de forma livre, mas depois passou para o grupo de medicamentos com venda controlada. Mesmo assim a bula permaneceu inalterada por mais de três anos. O professor ajuizou pedido de indenização por danos morais e materiais alegando que, quando tomou ciência dos efeitos adversos, já estava dependente.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, autora do voto vencedor, é no mínimo temerário dizer que o cloridrato de amineptina, princípio ativo do Survector, é uma

²⁰ Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103758 (acesso em 04.04.2015)

²¹ O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) não é uma entidade pública, foi criado pelo mercado para estabelecer regras de conduta entre as próprias agências, não substituindo a jurisdição.

substância segura. Segundo a ministra, a ausência de advertência da bula que acompanha medicamento com tal potencial de gerar dependência é publicidade enganosa, caracterizando culpa concorrente do laboratório, suficiente para gerar seu dever de indenizar.

Andrighi acentuou que a questão se agrava por não constar que o laboratório tenha feito um grande comunicado, alertando os consumidores das novas descobertas e do risco que a droga trazia. A alteração da recomendação para o medicamento resumiu-se à renovação da bula e, posteriormente, à nova qualificação do medicamento, comercializado com tarja preta. “É pouco”, sintetizou a ministra.”

Em outro julgado²² do Colendo Superior Tribunal de Justiça destacou a importância da informação na apresentação de produtos e serviços e a preocupação do legislador em proteger o consumidor contra a publicidade abusiva e enganosa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. **O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.**

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

[...] (realce não original)

Portanto, as publicidades devem obedecer os ditames da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de ser caracterizada a sua enganabilidade e/ou abusividade.

CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico trata de forma inequívoca o tema da publicidade, garantindo ao consumidor o direito à informação adequada e clara e a sua proteção contra a sua abusividade. Veda expressamente a utilização de qualquer mecanismo publicitário que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde.

²² REsp 2012/0124047-6, Min. Rel. Ricardo Bôas Cueva. Terceira Turma. J. 25.11.2014.

Contudo, em que pese a existência de um sistema extramente claro e elucidativo, concluímos que o modelo contemporâneo de publicidade de medicamentos não controlados, induz o consumidor a ser portar de forma prejudicial à sua saúde, isto porque, deixa de trazer informações adequadas e claras sobre o produto e os riscos existentes no seu consumo, não obstante, incentiva a automedicação, recomendando a procura ao médico, tão somente, nos caso os sintomas não desapareçam.

Não se faz necessária nenhuma ginástica cerebral para concluirmos que o uso de medicamento, sem qualquer prescrição médica, poderá ser prejudicial à saúde do consumidor. Isto em razão dos efeitos colaterais e das contraindicações, fatores estes de risco ao consumidor. Outro aspecto, que não pode ser ignorado corresponde ao uso de medicamento para tratar de um quadro clínico, cujo diagnóstico feito pelo próprio consumidor, diverso da patologia existente, que poderá atrasar no tratamento e por consequência agravar o problema.

Por outro lado, é certo que o alto preço de um convênio médico particular e a deficiência no atendimento hospitalar público acabam por *facilitar* a automedicação pelo consumidor. E as campanhas publicitárias acabam por *transformar* o problema de saúde existente em um simples caso ao alcance das mãos dos consumidores, que poderão ir à farmácia e adquirir o remédio que acreditam ser o adequado.

Remédio é coisa séria! As consequências advindas do seu uso, também. Por estas razões, a população tem o direito de obter a informação sobre os medicamentos adquiridos, sobre os seus direitos. Ao mesmo tempo acreditamos que a ANVISA deveria adotar medidas urgentes para mudar o modelo de publicidade hoje existente, pois o que notamos é o desrespeito às mais comezinhas regras do direito do consumidor.

Concluímos que as publicidades relacionadas a medicamentos apresentam abusividade por induzir o consumidor na prática de conduta que coloca em risco a sua integridade física, isto em razão da ausência de informações adequadas e claras e por não alertar de forma inequívoca sobre os efeitos colaterais e contraindicações.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2011.

BRASIL. **Código Brasileiro De Auto-Regulamentação Publicitária**

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**

BRASIL. **Código De Defesa Do Consumidor**

BRASIL. **Constituição DA República Federativa do Brasil**

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão**. São Paulo: RT, 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

IDEC. **Direitos do Consumidor de A a Z**. 3.^a reimpressão. São Paulo:2001.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS, Frans. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 15.ed. São Paulo: Forense, 2008.

NALINI, José Renato. **Há Esperança de Justiça Eficiente? n. pg?** [In]: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; Mezzaroba, Orides (coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al. (Orgs.): *Justiça e o Paradigma da Eficiência*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade (vol. 1). São Paulo: RT, 2011.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 22. ed. São Paulo:Saraiva. 2003.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO, Vicente Paulo e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RENAUX, Camila. Portal: <http://marketingdrops.com.br/marketing-digital/sorria-seus-dados-estao-sendo-monitorados/>

SILVEIRA, Vladmir Oliveira e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos. Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

_____, **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> (acesso em 03.04.2015).

<http://drauziovarella.com.br/noticias/anti-inflamatorios-e-os-riscos-da-automedicacao/> (acesso em 06.04.2015)

<http://drauziovarella.com.br/letras/r/resfriado/> (acesso no dia 04.04.2015)

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086234.pdf>, (acesso em 03.04.2015)

<http://www.farmagora.com.br/produto/benegrip+com+20+comprimidos/721097> (acesso em 04.04.2015)

<http://www.farmagora.com.br/produto/benegrip+com+20+comprimidos/721097> (acesso em 04.04.2015)

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/076f3080492dd932afe8bf14d16287af/Legislacao_Propaganda_Consolidada_marco_2011.pdf?MOD=AJPERES (acesso no dia 03.04.2015)

http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-12.pdf, (acesso em 03.04.2015)

http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Nacional_de_Autorregulamenta%C3%A7%C3%A3o_Publicit%C3%A1ria, (acesso em 07/04/2015)

<https://www.youtube.com/watch?v=xb2nDnhYflg> (acesso em 04.04.2015)